LA LIBERTÉ DE LA PRESSE ENTRE CONFIDENTIALITÉ ET PROVOCATION : MODE D'EMPLOI POUR FAIRE CHUTER UNE LIBERTÉ DE SON PIÉDESTAL

Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), *Stoll c. Suisse*, 10 décembre 2007 (*)

PAR

Michel HOTTELIER

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Le 10 décembre 2007, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu son arrêt dans l'affaire opposant le journaliste *Martin Stoll* à la Suisse. La Grande Chambre a jugé que l'amende de 800 francs suisses (environ 520 euros) qui avait été infligée au requérant pour avoir publié et commenté de façon particulièrement acerbe certains extraits d'un rapport confidentiel rédigé au mois de décembre 1996 par l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis sur la question des avoirs de victimes de l'Holocauste placés en Suisse à l'époque du régime national-socialiste entrait dans le cadre des restrictions autorisées par l'article 10, §2, de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'affaire, on l'aura compris d'emblée, s'inscrit dans un contexte délicat qui, pour concerner l'attitude de la Suisse lors de la Seconde Guerre mondiale, conjuguait la liberté de la presse, la stratégie diplomatique, la défense des intérêts politiques et commerciaux helvétiques ainsi que le devoir de mémoire.

Sur le plan juridique, l'affaire *Stoll* représente le premier cas de saisine relatif à la Suisse – à la demande, en l'occurrence, du Gouvernement suisse, le 14 juillet 2006 –, de la Grande Chambre de la

(*) *Siège :* MM. J.-P. Costa, Président, L. Wildhaber , B.M. Zupani, P. Lorenzen, R. Türmen, Mme M. Tsatsa-Nikolovska, MM. A.B. Baka, M. Ugrekhelidze, A. Kovler, V. Zagrebelsky, Mmes A. Mularoni, E. Fura-Sandström, R. Jaeger, MM. E. Myjer, D. Popovicic, Mmes I. Ziemele, I. Berro-Lefèvre, juges, et M. V. Berger, jurisconsulte. – *Votes :* douze voix contre cinq : non-violation de la Convention.

Cour (1). Jusqu'alors, depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, aucune affaire suisse n'avait en effet été déférée à la Grande Chambre, que ce soit au titre d'un dessaisissement sur la base de l'article 30 de la Convention ou, comme en l'espèce, d'un renvoi, conformément à l'article 43 de la Convention (2).

L'intérêt que présente l'affaire *Stoll*, pour porter sur l'exercice d'une liberté qui a conduit la Cour à développer une jurisprudence originale et souvent audacieuse, est accentué par le fait que la Grande Chambre s'est écartée du raisonnement et du verdict rendu le 25 avril 2006 par la quatrième section de la Cour. Celle-ci avait en effet conclu à la violation de l'article 10. Autre événement inhabituel : un nombre étonnamment élevé de contributions doctrinales a été consacré à l'affaire *Stoll* avant même d'ailleurs, pour la plupart d'entre elles, que la Grande Chambre de la Cour n'ait été appelée à se prononcer (3).

L'affaire mérite donc que l'on s'y attarde, ce d'autant que le raisonnement suivi par la Grande Chambre pour désavouer la quatrième section de la Cour est, à notre sens, loin de s'avérer convaincant.

(1) Le collège de la Grande Chambre a accueilli la demande de renvoi le 13 septembre 2006 sur la base de l'article 43, §2 de la Convention.

(2) Sur les affaires suisses jugées par la Cour, voy. M. Hottelier, H. Mock et M. Puéchavy, *La Suisse devant la Cour européenne des droits l'homme*, Nemesis/Bruylant, Bruxelles 2005.

(3) H. Mock, «Indiscrétions par voie de presse : Pas de protection particulière des documents diplomatiques, mais tout n'est pas pour autant permis... Epilogue à Strasbourg de l'affaire *Stoll c. la Suisse*», *Pratique juridique actuelle*, 3/2008, p. 301; D. Masmejan, «L'arrêt *Stoll* de la Cour européenne des droits de l'homme et ses conséquences possibles en droit suisse», *Jusletter* 28 janvier 2008; F. Schürmann, «Bemerkungen zum Urteil des EGMR i.S. Stoll gegen die Schweiz vom 25. April 2006», in *Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike/Nomos, Zurich/Saint-Gall 2007, p. 763; B. Wilson, «Le conflit entre la protection des informations confidentielles et la liberté de la presse à la lumière de l'affaire *Stoll c. Suisse*. Et si la minorité avait raison ?», in *Les droits de l'homme et la constitution. Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Zurich 2007, p. 307; S. Werly, «Les affaires *Dammann* et *Stoll* : un double revers pour quelles conséquences ?», *Jusletter* 27 novembre 2006; G. Chatton et S. Grodecki, «Commentaire de l'arrêt *Stoll c. Suisse*», *Pratique juridique actuelle* 10/2006, p. 1294; F. Zeller, «Publication d'un rapport diplomatique confidentiel : journaliste blanchi», *Medialex*, 2/2006, p. 93.

I. – Résumé des faits

A. – *L'affaire des fonds en déshérence*

Durant les années 1996 et 1997, sous la pression du Congrès juif mondial, des négociations furent menées entre cette organisation et plusieurs banques suisses au sujet de la restitution d'avoirs ayant appartenu à des victimes de l'Holocauste.

Rappelant une période trouble de l'histoire, cette affaire des «fonds en déshérence», ainsi qu'elle a été nommée, a provoqué de vives tensions en Suisse, tout en permettant d'ouvrir un débat majeur sur l'attitude des autorités helvétiques et des acteurs de l'économie suisse durant les années 1939-1945 (4). Les négociations conduisirent finalement à un règlement global de 1,25 milliard de dollars au profit des familles des victimes des atrocités nazies.

Dans ce contexte très tendu et critique, l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis rédigea, le 19 décembre 1996, un document stratégique, classé confidentiel. Ce document fut envoyé au chef de la *task force* qui avait été instaurée sur la question au sein du Département fédéral des affaires étrangères, à Berne, ainsi qu'à dix-neuf autres personnes et aux représentations diplomatiques suisses à Tel Aviv, New York, Londres, Paris et Bonn.

B. – *La publication d'extraits du rapport confidentiel*

Martin Stoll, journaliste suisse alémanique, réussit à obtenir, au prix sans doute d'une violation du secret professionnel de l'un des destinataires du rapport – dont l'auteur n'a pu être identifié –, une copie du rapport confidentiel. Il en dévoila ensuite des extraits choisis, portant sur les passages les plus controversés, dans les colonnes de l'hebdomadaire zurichois *Sonntags-Zeitung*.

(4) A l'époque où l'affaire des fonds en déshérence a débuté, une commission d'experts indépendants composée d'éminentes personnalités fut spécialement mise en place par les autorités fédérales afin d'enquêter sur cette période de l'histoire suisse; la commission a enquêté durant cinq ans et présenté ses travaux en 2001 (voy. Commission indépendante d'experts Suisse – Seconde guerre mondiale, *La Suisse, le national-socialisme et la Seconde Guerre mondiale. Rapport final*, Zurich 2002; sur la question, voy. également H. MOCK, *loc. cit.*, note n° 3, pp. 302 et s. et les autres références citées).

L'article faisait état d'un «front extérieur», d'une «guerre» que la Suisse devait «finir par gagner» et d'adversaires auxquels il était «impossible de se fier». Les passages en question, isolés et sortis de leur contexte, étaient en outre assortis de commentaires très virulents à l'égard de l'ambassadeur de Suisse en place à Washington et qui, pour conférer un éclairage antisémite et peu professionnel à ses propos, conduisirent ce dernier à démissionner.

Le lendemain de la publication, un quotidien zurichois (*Tages-Anzeiger*) reproduisit à son tour de larges extraits du document stratégique, suivi en cela par un autre journal de Suisse romande (*Le Nouveau Quotidien*).

C. – *L'avis du Conseil suisse de la presse*

A la suite de ces publications, le Gouvernement suisse saisit le Conseil suisse de la presse. Le Conseil suisse de la presse est une instance privée, créée par quatre associations de journalistes. Sa vocation consiste à contribuer à la réflexion sur des problèmes d'éthique fondamentaux des medias et sur l'éthique professionnelle des journalistes. Dans sa prise de position du 4 mars 1997 – longuement citée par la Cour (5) –, le Conseil suisse de la presse a reconnu l'importance du principe de la confidentialité de la correspondance diplomatique. Il a souligné ensuite que les révélations de la *Sonntags-Zeitung* et du *Tages-Anzeiger* avaient sans doute mis les responsables de la politique étrangère suisse dans l'embarras et provoqué des difficultés, sans limiter toutefois leur marge de manœuvre de façon sensible.

Le Conseil suisse de la presse admit aussi que la publication du rapport confidentiel pouvait se justifier sur le plan éthique, indépendamment de l'intérêt général et de l'importance des propos de l'ambassadeur. Ce n'était qu'à travers la publication qu'il était devenu évident que les personnes en charge du dossier des fonds en déshérence n'avaient encore d'idée très claire ni sur la question de la responsabilité de la Suisse ni sur la nature des démarches à entamer. Placée sur le plan de la transparence politique, la publication de ce document pouvait imprimer une nouvelle impulsion au Gouvernement suisse quant au débat public.

S'agissant de la forme de la publication, le Conseil suisse de la presse a relevé que la *Sonntags-Zeitung* avait rendu compte de

(5) §24 de l'arrêt.

manière tronquée d'une analyse interne concernant la politique extérieure de la Suisse. En accompagnant sa publication de prises de position de tiers auxquels l'original du rapport litigieux n'avait pas été présenté, le journal avait fait en sorte d'ancrer dans la tête des gens que l'ambassadeur de Suisse à Washington avait «offensé les Juifs», selon une formule employée par l'auteur de l'article. En taxant l'ambassadeur d'antisémitisme, le journal avait en outre lancé une rumeur de façon irresponsable. La publication avait ainsi inutilement conféré à l'affaire une tournure dramatique et scandaleuse, tout en supprimant certains éléments d'information essentiels, en contradiction avec la Déclaration des droits et devoirs du journaliste.

D. – *La condamnation de Martin Stoll*

En raison des articles qu'il avait fait paraître, Martin Stoll écopa tout d'abord d'une amende de 4000 francs prononcée par les autorités zurichoises pour avoir contrevenu à l'article 293 du code pénal suisse. Cette disposition prohibe la «publication de débats officiels secrets» (6).

La sanction pénale fut par la suite réduite à 800 francs, avant d'être confirmée par le Tribunal fédéral le 5 décembre 2000 (7), à la suite de deux recours exercés par l'intéressé (8).

(6) L'article 293, alinéa 1[er] du Code pénal avait la teneur suivante à l'époque des faits : «Celui qui, sans en avoir le droit, aura livré à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité dans les limites de sa compétence sera puni des arrêts ou de l'amende.»

(7) *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* (*A.T.F.*) 126 IV 236 pour ce qui concerne le contrôle de la correcte application du code pénal et *A.T.F.* 127 I 1 pour le contrôle de la constitutionnalité de la procédure sous l'angle, en l'occurrence, du principe d'égalité de traitement.

(8) A l'époque, le Tribunal fédéral devait être en principe saisi de deux recours distincts, bien que jugés par la même Cour, lorsque était sollicité le contrôle de la correcte application de la législation fédérale (contrôle de la légalité) d'une part et le contrôle du respect des droits constitutionnels sous l'angle du respect de la procédure d'autre part. L'entrée en vigueur, le 1[er] janvier 2007, de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 a aboli ce système et mis en place la procédure du recours dit unifié. Ce système permet désormais d'invoquer dans la même écriture des moyens tirés à la fois de la violation de la législation fédérale, des droits fondamentaux protégés par le droit constitutionnel (fédéral et cantonal) et des instruments de protection des droits de l'homme auxquels la Suisse est partie. Sur la question, voy. G. NAY, «La loi sur le Tribunal fédéral dans le contexte de la réforme de la justice», in : B. FOËX/M. HOTTELIER/N. JEANDIN (éd.), *Les recours au Tribunal fédéral*, Schulthess, Zurich 2007, p. 24.

C'est contre l'arrêt confirmant l'amende qui lui avait été infligée que M. Stoll saisit la Cour en se prévalant d'une violation de sa liberté d'expression au sens de l'article 10.

II. – **L'arrêt de la chambre**

A. – *L'opinion de la Cour*

Le 3 mai 2005, la requête a été déclarée recevable par la chambre constituée au sein de la quatrième section de la Cour. Par arrêt du 25 avril 2006, celle-ci a conclu, à la majorité de quatre voix contre trois, à la violation de l'article 10, la sanction infligée à M. Stoll n'ayant pas été considérée comme nécessaire dans une société démocratique.

Pour avoir retenu que l'ingérence dans la liberté de la presse du requérant reposait sur une base légale et qu'elle tendait, au titre du but légitime, à empêcher la «divulgation d'informations confidentielles» au regard de l'article 10, §2, la Cour n'en a pas moins estimé que les autorités suisses ne disposaient, en l'occurrence, que d'une marge d'appréciation restreinte. Conformément à la jurisprudence, cette marge limitée l'habilitait à exercer un droit de regard étendu sur le caractère impérieux du besoin social avancé par le Gouvernement pour limiter la liberté d'expression du requérant (9).

Rappelant que l'article 10, §2, ne laisse guère de place pour les restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général, la chambre a souligné que l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis était un haut fonctionnaire chargé d'une mission particulièrement importante et qu'il se trouvait dans une situation proche de celle des hommes politiques pour lesquels la critique publique est largement admise au regard de la jurisprudence. Cet élément militait également en faveur d'une marge d'appréciation étroite de la part des instances internes (10).

La Cour a relevé ensuite que la confidentialité des rapports diplomatiques, certes justifiée *a priori*, ne saurait être protégée à n'importe quel prix, dès lors que la fonction de critique et de contrôle des medias s'applique aussi au domaine de la politique étrangère. Compte tenu du contexte plus large de la couverture médiati-

(9) §45. La Cour se réfère ici à l'arrêt *Editions Plon c. France* du 18 mai 2004, §44.
(10) §§46 et 47.

que accordée à la question en jeu, caractérisé par un enjeu fondamental portant sur les avoirs des victimes de l'Holocauste et le rôle de la Suisse durant la Seconde Guerre mondiale, la Cour a considéré comme légitime l'intérêt du public à recevoir des informations sur les agents chargés du dossier, de même que sur leur style et leur stratégie de négociation (11).

Après avoir rappelé que les exceptions à la liberté d'expression appellent traditionnellement une interprétation étroite, la Cour a jugé que la manière de présenter la publication ne constituait pas un élément déterminant à prendre en considération dans l'appréciation des articles de presse sanctionnés pour révélation d'informations considérées comme secrètes. Enfin, si la sanction prononcée contre le requérant affichait une sévérité relativement faible, le fait même de la condamnation devait entrer en ligne de compte. L'acte attaqué se présentant comme une «espèce de censure», pareille condamnation risquait de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité (12). La Chambre a ainsi conclu à la violation de l'article 10.

B. – *Les opinions dissidentes*

Le Président de la Cour européenne, le Juge Wildhaber, a rédigé une opinion dissidente à laquelle les Juges Borrego Borrego et Sikuta se sont ralliés. De l'avis de ces magistrats, l'affaire en cause se distinguait d'affaires similaires portant sur la révélation d'informations non destinées à être connues d'un large public.

Le rapport en question se présentait en effet comme un document interne destiné seulement à un cercle très restreint de personnalités occupant des postes dirigeants au sein de la Confédération. Même si l'intérêt général lié au débat concernant l'indemnisation des victimes de l'Holocauste et à l'attitude de la Suisse durant la Seconde Guerre mondiale présentait une pertinence certaine au regard de l'intérêt du public à être informé, l'image fragmentaire, dramatique et scandaleuse – ainsi que l'avait souligné le Conseil suisse de la presse – donnée du document stratégique cadrait mal avec les devoirs et les responsabilités que l'article 10, §2 met à la charge des journalistes.

(11) §§48 et 49.
(12) §§50 à 58.

Tout en relevant que la Cour éprouve des scrupules à indiquer à la presse comment celle-ci devrait assumer ses tâches, sur quoi devraient porter ses investigations et jusqu'où devrait aller sa critique, les juges minoritaires ont souligné que la garantie que l'article 10 offre aux journalistes sous-entend que ces derniers agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit, dans le respect de la déontologie journalistique.

Au vu de ces éléments, il n'était pas disproportionné, selon les juges minoritaires, de considérer que le rapport diplomatique en question n'aurait pas dû être mis à disposition du public au moment et sous la forme choisie par le requérant, en tant que la démarche avait été jugée irresponsable par le Conseil suisse de la presse et qu'elle suggérait de fausses implications.

III. – L'arrêt de la Grande Chambre

A. – *L'opinion de la Cour*

Epousant en substance la thèse exprimée par les juges minoritaires dans l'arrêt de la Chambre, la Grande Chambre de la Cour a désavoué cette dernière et conclu à l'absence de violation de l'article 10, les motifs de restriction prévus par cette disposition étant, selon les juges majoritaires, réalisés.

L'arrêt retient d'abord, sans autre examen – à l'instar de l'arrêt de la chambre –, que l'exigence de la base légale est satisfaite, la condamnation du requérant se fondant sur l'article 293 du Code pénal (13). La suite du raisonnement, pour le moins singulier, adopté par la Cour révèle pourtant l'existence d'un sérieux problème au regard de la réalisation de cette exigence (14).

Au chapitre des buts légitimes justifiant une restriction à la liberté d'expression, la Cour écarte les motifs relevant de la «sécurité nationale» et de la «sûreté publique», de même que la «protection de la réputation ou des droits d'autrui» – en l'absence de poursuite pénale entamée, sur le plan interne, pour des infractions mettant en danger ces intérêts –, pour justifier la condamnation du requérant.

---

(13) §§49-50.
(14) *Infra*, III.C.

La Grande Chambre s'interroge ensuite sur la différence rédactionnelle qui sépare les versions française et anglaise de la Convention – toutes deux faisant également foi, conformément au pied de la Convention – au sujet de l'interdiction de la «divulgation d'informations confidentielles» évoquée à l'article 10, §2. Pour se référer aux mesures nécessaires «*for preventing the disclosure of information received in confidence*», la formulation anglaise pourrait en effet laisser entendre que c'est seulement la personne qui se trouve elle-même dans un rapport de confidentialité avec l'auteur d'un document secret qui est visée, en sorte que les tiers – au nombre desquels les professionnels des medias comptent – pourraient en paraître exclus.

Considérant que cette dernière interprétation présente un caractère trop restrictif et que la version française, plus large, permet mieux de concilier la clause compte tenu de l'objet et du but de la Convention au regard des règles d'interprétation posées par l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, la Cour retient que ce sont tant les informations confidentielles divulguées par une personne soumise à un devoir de confidentialité que celles qui sont portées à la connaissance du public par un tiers, tel un journaliste, qui sont couvertes par l'article 10, §2. C'est donc ce motif que retient la Grande Chambre pour justifier la condamnation du requérant (15).

L'essentiel de l'arrêt gravite ensuite autour de la nécessité de la condamnation infligée à M. Stoll. Elément inhabituel, des observations présentées par les gouvernements français et slovaque, que le Président de la Grande Chambre avait autorisés à intervenir durant la procédure écrite, ont été jointes au dossier, conformément à l'article 36, §2. Abondamment citées (16), celles-ci ont contribué à renforcer l'opinion du gouvernement suisse tendant au rejet de la requête, sur la base toutefois d'une approche très abstraite de la confidentialité des relations diplomatiques, fort éloignée d'une analyse précise des particularités propres au cas d'espèce.

Ainsi, pour souligner avec force «qu'il n'existe aucun pays dans lequel les rapports diplomatiques n'aurait (*sic*) pas un caractère confidentiel», le Gouvernement français «soutient aussi que les ambassadeurs à l'étranger doivent pouvoir communiquer avec leurs gouvernements et s'exprimer en toute liberté, sans aucune con-

(15) §§56-62.
(16) §88 à 100.

trainte et sans avoir à utiliser avec leurs autorités le 'langage diplomatique' indispensable aux relations entre les Etats» (17).

Assurément justifiée dans son principe – c'est-à-dire sous l'angle d'un contrôle abstrait de conformité des normes nationales avec la Convention que la Cour n'a, précisément, pas vocation à effectuer –, l'argument passe complètement sous silence deux éléments : la responsabilité, d'abord, qu'assument les Etats pour éviter des fuites dans la transmission de documents confidentiels rédigés par leurs agents, sans en faire porter la charge sur les titulaires des droits protégés par la Convention; les particularités, ensuite, propres au cas que la Cour avait à trancher et, en particulier, l'importance du débat lié à la crise des fonds en déshérence au sein de l'opinion publique suisse durant la seconde moitié des années 1990.

Pour leur part, les observations du Gouvernement slovaque, pour se contenter d'affirmer «qu'aucun ordre juridique n'accorde aux journalistes l'accès aux documents diplomatiques» et que le refus de donner suite à une telle demande d'accès ne saurait constituer une violation de l'article 10 (18) procèdent de la même vision étriquée. Elles se réfèrent par ailleurs à la «violation des règles journalistiques, constatée par la chambre» (19), tout en passant elles aussi sous silence l'intérêt – pourtant largement mis en avant par le Conseil suisse de la presse (20) –, à diffuser, sur le terrain de la liberté d'expression, le rapport diplomatique en question.

Pour conclure à la nécessité de la restriction en cause, la Cour commence par marquer l'importance que revêt la liberté de la presse dans les sociétés démocratiques, le rôle indispensable de «chien de garde» qui lui est traditionnellement attribué et l'effet dissuasif que la condamnation d'un journaliste pour avoir divulgué des informations considérées comme confidentielles ou secrètes peut avoir sur les professionnels des medias dans l'information du public sur des questions d'intérêt général (21). Elle passe ensuite longuement en revue plusieurs aspects distincts : les intérêts en présence, le contrôle exercé par les juridictions nationales, le comportement du requérant et la proportionnalité de l'amende (22).

(17) §89.
(18) §95.
(19) §100.
(20) §24, chiffres II.6. et III.4.
(21) §109 et 110 et les références citées.
(22) §112.

L'essentiel de l'arrêt est consacré à l'examen de ces facettes du dossier (23).

La Cour souligne en substance l'importance que revêt l'intérêt du public à prendre connaissance des articles rédigés par le requérant – ceux-ci étant présentés comme susceptibles de contribuer au débat sur les fonds en déshérence –, tout en retenant que leur publication était en l'occurrence de nature à causer un préjudice considérable aux intérêts du Gouvernement suisse. La forme tronquée et réductrice des articles en question était en outre de nature à induire en erreur les lecteurs au sujet de la personnalité et des aptitudes de l'ambassadeur suisse à Washington, réduisant ainsi considérablement l'importance de leur contribution au débat public protégé par l'article 10. Enfin, la sanction infligée au requérant n'a pas été jugée disproportionnée en raison de la «relative modicité du montant infligé» (24). Au final, la pesée des intérêts en cause a conduit la majorité de la Cour à conclure à l'absence de violation de l'article 10.

B. – *Les opinions dissidentes*

Tout comme l'arrêt rendu par la Chambre le 25 avril 2006, l'arrêt de la Grande Chambre est accompagné d'une vigoureuse opinion dissidente, rédigée par le Juge Zagrebelsky, à laquelle les Juges Lorenzen, Fura-Sandström, Jaeger et Popovic se sont ralliés.

Cette symétrie entre les deux arrêts n'est pas étonnante. Elle traduit non seulement la complexité du litige, mais également les notables et légitimes différences de sensibilité propres aux magistrats européens dans leur perception de la liberté d'expression et, plus particulièrement, les approches fondamentalement opposées auxquelles peut donner lieu l'interprétation de l'exigence de la nécessité dans une société démocratique au sens de l'article 10, §2.

Les juges dissidents font ainsi reproche à la majorité de suivre une approche qui marque «un tournant dangereux et injustifié par rapport à une jurisprudence bien établie de la Cour concernant la nature et la valeur primordiale de la liberté d'expression dans les sociétés démocratiques».

(23) §§113 à 161.
(24) §160.

IV. – Observations critiques

Les points les plus épineux que pose l'affaire *Stoll* concernent l'ampleur de la marge d'appréciation reconnue, pour la circonstance, aux autorités suisses et, bien entendu, l'évaluation du degré de nécessité dans une société démocratique permettant de brider la divulgation d'informations confidentielles au sens de l'article 10, §2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais l'arrêt est également important sous l'angle des principes généraux qui sous-tendent la liberté d'expression, dont la Grande Chambre rappelle opportunément la valeur.

A. – *Les principes qui sous-tendent la liberté d'expression*

Tout comme l'avait fait la chambre dans son arrêt du 25 avril 2006 (25), la Grande Chambre rappelle les principes qui orientent son approche dans l'examen des ingérences portées à la liberté d'expression.

Solidement établis, ces principes concernent d'abord le champ opératoire étendu que la Cour a conféré à l'article 10, la protection qu'offre cette disposition valant non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec ferveur ou considérées comme inoffensives, mais aussi pour celles qui, conformément à la formule consacrée, «heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique» (26). La Cour rappelle ensuite que l'adjectif «nécessaire» implique un besoin social impérieux, dont il revient prioritairement aux Etats d'apprécier la pertinence, sous le contrôle des juges européens. Enfin, le contrôle européen impose la prise en compte de l'ensemble de l'affaire, les motifs avancés par les autorités nationales devant s'avérer pertinents et suffisants pour déterminer si l'ingérence litigieuse était proportionnée au but poursuivi.

Il faut saluer ici ces formules et rendre hommage aux juges qui les ont forgées. Elles fournissent une illustration magistrale de la valeur attachée à la liberté d'expression au sein du système conventionnel tout en révélant le rôle assurément central que cette

(25) §43.
(26) §101 et les références citées.

garantie occupe dans la casuistique de la Cour (27). Pour être reprises de manière systématique par la Cour lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur la validité des motifs invoqués à l'appui d'une restriction de l'article 10, ces formules, tellement répétées qu'elles finissent par résonner comme un écho familier aux lecteurs des arrêts de l'instance alsacienne (28), sont demeurées quasiment inchangées depuis leur apparition au cours des années 1970 dans les affaires *Handyside* (29), puis *Sunday Times* (30).

Ces formules permettent admirablement de situer, dans toute sa globalité et toute sa complexité, l'ambiguïté du contrôle qu'exercent les juges en matière de restriction aux libertés. Cette ambiguïté se profile dans trois directions : la subsidiarité du contrôle international vis-à-vis du contrôle interne d'abord, les rapports entre le domaine protégé par la liberté d'expression et ses conditions de restriction ensuite, l'appréciation de la notion de nécessité dans une société démocratique enfin. La théorie de la marge d'appréciation occupe une place déterminante au sein de cette triple tension dialectique (31).

B. – *La marge d'appréciation*

La liberté de la presse occupe une place de choix parmi les divers composants de la liberté d'expression puisque la jurisprudence européenne tend à considérer que, là où elle est en jeu, les autorités ne disposent que d'une marge d'appréciation restreinte pour limiter son exercice. La Cour fait de surcroît preuve de la plus grande prudence lorsque les mesures prises ou les sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse, à qui une importance particulière est attachée dans l'aménagement de la liberté d'expression (32), de participer à la discussion de problèmes d'intérêt général. L'article 10, §2, ne laisse en effet guère de place pour les restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours

(27) Voy. L. WILDHABER, «Recent Developments in the Court's Case-Law on Freedom of the Press», in *Les droits de l'homme et la Constitution. Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Zurich 2007, p. 295.

(28) Comme le souligne opportunément M. OETHEIMER, «La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine», *Rev. trim. dr. h.*, 69/2007, p. 64.

(29) Cour eur. dr. h., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, §§48-49.

(30) Cour eur. dr. h., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, §59.

(31) Plus généralement, voy. l'excellente étude de J.-M. LARRALDE, «L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et la liberté de la presse», *Rev. trim. dr. h.*, 69/2006, p. 39.

(32) Cour eur. dr. h., *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, §§41-42.

politique ou des questions d'intérêt général. En l'occurrence, le problème porte sur le rapport entre la liberté de la presse et la nécessité de protéger des documents étatiques de nature confidentielle.

La Cour admet que, si tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont probablement adopté des réglementations destinées à préserver le caractère confidentiel ou secret de certaines données sensibles et à poursuivre les agissements contraires à ce but, ces réglementations font preuve d'une grande diversité non seulement par rapport à la définition du secret et à la manière de gérer les domaines sensibles tombant dans leur compétence, mais aussi quant aux modalités et aux conditions de poursuite de l'auteur d'une divulgation illicite d'informations. La Grande Chambre en déduit que les Etats peuvent, dans ce domaine, se prévaloir d'une certaine marge d'appréciation (33).

L'argument ne convainc guère. Il balaie en effet d'un revers de manche l'approche suivie, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, par la Chambre dans l'arrêt que celle-ci a rendu le 25 avril 2006. Celle-ci avait très justement souligné que, conformément à la jurisprudence bien établie de la Cour, puisque la liberté de la presse était en cause, «les autorités suisses ne disposaient que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un 'besoin social impérieux' appelant la prise de la mesure en question contre le requérant» (34). On ne comprend pas clairement pourquoi, soudainement, l'importance traditionnellement attribuée à la liberté de la presse devrait fléchir face à l'un des motifs spécifiques de restriction prévu à l'article 10, §2.

L'argument tiré de l'existence disparate de législations nationales en matière de protection de certaines données sensibles en vue d'accentuer la marge d'appréciation des autorités nationales auquel la Grande Chambre fait référence ne joue pas non plus. Dans bien des domaines relevant du droit pénal, les réglementations, d'essence nationale par nature, présentent en effet des contours variés, sans que cela exerce une quelconque incidence sur la portée conventionnelle de la liberté de la presse et sur l'ampleur de la marge d'appréciation réservée aux Etats dans la mise en œuvre de restrictions aux libertés.

A ce stade, le résultat du raisonnement de la Cour et le message véhiculé consistent à atténuer la portée de la liberté de la presse

---

(33) §§105 à 107.
(34) §45.

lorsque la divulgation d'informations confidentielles est en jeu au sens de l'article 10, §2. L'approche suivie par la Cour prépare ainsi le terrain aux limites qui peuvent être imposées, au nom de ce motif de restriction, au caractère choquant des informations qu'elle tend à admettre, plus généralement, dans sa casuistique relative à la liberté d'expression.

C. – *La nécessité dans une société démocratique*

L'essentiel de l'arrêt *Stoll* porte, comme c'est fréquemment le cas à propos du contentieux des libertés protégées aux articles 8 à 11, sur la nécessité de la restriction en cause. La Cour commence par préciser que plusieurs aspects distincts sont à examiner : les intérêts en présence, le contrôle exercé par les juridictions nationales, le comportement du requérant ainsi que la proportionnalité de l'amende qui lui a été infligée (35).

Dans ce vaste contexte, deux éléments retiennent plus particulièrement l'attention de la Cour et forment le pivot de l'arrêt : le contenu manifestement réducteur et tronqué des articles rédigés par M. Stoll d'une part et le vocabulaire employé d'autre part. Dans le sillage de ce raisonnement, la Cour fait ouvertement reproche au requérant de n'avoir pas permis aux lecteurs de se former leur propre opinion, dès lors qu'il s'est limité à ne publier que certains passages du rapport confidentiel contrairement aux deux autres quotidiens qui, peu après, en ont dévoilé de larges extraits (36).

C'est à ce stade de l'arrêt que le raisonnement de la Cour, axé sur la forme qu'ont revêtue les publications litigieuses, change radicalement de tournure comme le relèvent les juges dissidents (37) et que, pour tout dire, on ne comprend plus la ligne suivie par les juges majoritaires.

Les premiers passages de l'arrêt consacrés à l'examen de la nécessité reprennent en effet l'énumération des principes très protecteurs dégagés par la Cour pour limiter la liberté de la presse, la place réduite pour les restrictions à la liberté d'expression dans le

(35) §113.

(36) §§147 et 148.

(37) «Jusqu'au paragraphe 147, le lecteur de l'arrêt peut facilement croire que la Cour trouvera une violation de l'article 10 de la Convention. Ce n'est qu'à partir de ce paragraphe que la majorité dévoile la vraie raison de son évaluation négative des articles publiés par le requérant.

domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général étant mise en exergue (38). La Chambre avait d'ailleurs fait de même dans son arrêt du 25 avril 2006 (39). Mais soudainement, la référence au caractère confidentiel ou secret de certaines données sensibles vient réduire la portée de ces principes traditionnels, une «certaine marge d'appréciation» étant reconnue aux Etats. Le comportement du requérant conduit alors la Cour à opérer un «véritable retournement» (40) et à retenir le non-respect des règles déontologiques établies par le Conseil suisse de la presse comme un élément déterminant, justifiant la restriction portée à la liberté de la presse.

Alors même que la norme pénale retenue par la Cour pour justifier la condamnation du requérant réprime la publication de documents confidentiels, la publication de passages isolés du document litigieux devient, paradoxalement, un élément à la charge de ce dernier, la Cour prenant comme exemple les deux autres organes de presse qui ont publié de larges extraits du document (41).

De fait, la publication de larges extraits – en toute impunité – du document confidentiel par d'autres journaux est minimisée (42), alors même que la disposition pénale retenue pour condamner le requérant tend précisément à lutter contre la révélation au public des documents confidentiels et que, comme le relève la Cour, la protection des informations confidentielles permettant de limiter la liberté de la presse au sens de l'article 10, §2 doit recevoir une interprétation large, conformément à la version française de la Convention (43).

La Cour s'abstient également de souligner que, dans un Etat plurilingue comme la Suisse, la partie francophone du pays a eu accès au document confidentiel par le canal d'un quotidien qui n'était pas celui qui employait le requérant. La limitation de la liberté d'expression de ce dernier pouvait-elle se justifier en pareille circonstance? Et que dire de la nécessité d'une condamnation pénale qui, pour frapper celui qui n'a rendu publics que quelques passages isolés, voit les autres organes de presse qui, eux, en ont

(38) §§101-106.

(39) §§43-47.

(40) Voy. les développements de Mock, *loc. cit.*, (n° 3), p. 307.

(41) §147 : «Or, il aurait été loisible de joindre aux articles du *Sonntags-Zeitung* le texte intégral du rapport en cause, comme cela a été fait dans une large mesure, le lendemain, par le *Tages-Anzeiger* et le *Nouveau Quotidien*. Cela aurait permis aux lecteurs de se former leur propre opinion».

(42) Voy. §159.

(43) §§58-61; *supra*, III.A.

publié de larges extraits, échapper à toute sanction ? Comment justifier, dès lors, la restriction de la liberté de la presse du seul requérant sur la base d'une disposition qui tend précisément à éviter la divulgation de documents confidentiels au public dans son ensemble ?

Considérée de ce point de vue, l'affaire pose un problème sur le terrain de l'exigence de légalité au sens de l'article 10, §2, auquel la Cour n'a à notre sens pas accordé toute l'importance qu'elle requiert. L'article 293 du Code pénal suisse réprime en effet la publication d'un document officiel secret, sans égard à la rigueur professionnelle ou déontologique de l'auteur de la divulgation ni à la tonalité générale du texte. Situé dans ce contexte, le raisonnement suivi par la Grande Chambre donne le sentiment d'avoir conféré davantage de poids au caractère polémique et tendancieux de la présentation du rapport qu'à son caractère confidentiel *stricto sensu*, qui forme pourtant la base de l'article 293 du Code pénal suisse.

Or, en matière de restriction de la liberté de la presse, l'article 10, §2 ne saurait se contenter d'une norme imprécise, mais exige au contraire de reposer sur une disposition législative claire.

Pour la Cour, la peine prononcée n'a par ailleurs guère empêché le requérant de s'exprimer, «puisqu'elle est intervenue après la publication des articles» (44). Le montant de l'amende est en outre relativement faible (45). L'approche suivie par la Grande Chambre sous l'angle de l'utilisation de la voie pénale néglige, ce faisant, le risque d'autocensure que toute condamnation, fût-elle modeste, présente pour la liberté de la presse et son exercice dans une société démocratique (46).

Faute de devenir compréhensible ni même crédible, la lecture de l'arrêt de la Grande Chambre ne gagne en clarté que si l'on prend en compte deux éléments complémentaires, qui apparaissent en filigrane du raisonnement suivi par les juges majoritaires. Le premier consiste, à l'évidence, dans le souci de «sauver» l'article 293 du Code pénal suisse et, à travers cette opération – efficacement appuyée, pour la circonstance, par les gouvernements français et slovaque –, de permettre aux Etats parties à la Convention de réprimer la

(44) §156.
(45) §157.
(46) Voy. sur le sujet l'intéressante opinion dissidente des juges COSTA, CABRAL BARRETO ET JUNGWIERT jointe à l'arrêt *I.A. c. Turquie*, du 13 septembre 2005, §6.

publication de documents confidentiels, sans égard pour la liberté d'expression. La démarche peut certes se justifier, dans son principe, par la nécessité de sauvegarder la confidentialité des relations internationales, ainsi que les juges minoritaires de l'arrêt du 25 avril 2006 l'ont bien démontré.

En l'occurrence, le problème réside dans le fait que la Cour, de jurisprudence constante, n'exerce pas un contrôle abstrait de la conformité des lois nationales avec la Convention, mais n'est appelée qu'à statuer concrètement, sur la base des faits à l'origine de sa saisine (47). Or en l'espèce, comment justifier la condamnation du requérant pour avoir publié quelques extraits d'un rapport confidentiel alors que, dans le même temps, les deux autres journaux qui en ont publié de larges extraits sont demeurés à l'abri de toute poursuite ?

C'est là qu'apparaît le second élément : pour la Grande Chambre, ce n'est pas seulement, ni même vraiment, la publication d'une partie du document confidentiel qui est en cause. Ce sont surtout le ton et l'éclairage résolument agressifs choisis par le journaliste qui posent problème. Cette approche néglige toutefois le fait que le but poursuivi par l'article 293 du Code pénal tend à lutter contre la publication de documents officiels, et non contre la manière dont ceux-ci peuvent être présentés ou commentés (48).

L'arrêt débouche ainsi sur le constat, pour le moins paradoxal et insatisfaisant, que la publication proscrite par l'article 293 du Code pénal n'était pas illégitime, mais que l'approche et le ton employé par son auteur étaient répréhensibles, ainsi que le relèvent les juges minoritaires. Au final, ce sont bien plutôt le respect de la dignité journalistique, l'observation des règles déontologiques et les devoirs

---

(47) G. Cohen-Jonathan, «La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme», in : *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris 2007, p. 1141 : L. Garlicki, «Some Observations on Relations between the ECHR and the Domestic Jurisdictions», in : J. Iliopoulos-Stangas (éd.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration? In memoriam Louis Favoreu*, Sakkoulas/Bruylant, Athènes/Bruxelles 2007, p. 306.

(48) Voy. Masmejan, *loc. cit.*, (n° 3), p. 4, n° 25, qui relève très justement que la faiblesse de l'arrêt *Stoll* «consiste à subordonner la légitimité de la sanction infligée à des circonstances entièrement étrangères aux motifs de la condamnation. L'article 293 du Code pénal réprime en effet la publication d'un document officiel secret sans égard ni à la rigueur professionnelle du journaliste, ni à la tonalité générale de son article. Le Grande Chambre donne le sentiment d'avoir accordé davantage de poids à la présentation extrêmement tendancieuse du rapport qu'à son caractère confidentiel pour juger que la condamnation du requérant était légitime.»

et responsabilités que comporte la liberté d'expression au sens de l'article 10, §2, qui paraissent représenter l'élément déterminant le raisonnement de la majorité de la Grande Chambre.

Comme le relevait le Président Luzius Wildhaber dans l'opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu par la quatrième section de la Cour le 25 avril 2006, l'affaire *Stoll* est assurément une affaire difficile. Le raisonnement suivi par la Grande Chambre pousse à notre sens à s'interroger sur la place qu'occupe la liberté d'expression au sein d'une société où la recherche du *scoop* et la concurrence effrénée entre organes de presse vont trop souvent de pair avec un déficit d'information et même avec une médiocrité journalistique plus ou moins ouvertement affichée.

La quatrième Chambre comme la Grande Chambre appelées à statuer sur l'affaire *Stoll* n'ont, à l'unisson, pas manqué de relever que le mode d'expression utilisé pour divulguer le rapport établi par l'ambassadeur suisse en poste à Washington n'était pas un modèle du genre, à l'image du constat effectué par le Conseil suisse de la presse. Et il est vrai que, sur un plan plus général, l'arbitrage qu'il convient d'opérer entre les valeurs que véhicule la liberté d'expression et les motifs susceptibles de limiter leur envergure constitue l'une des questions les plus délicates que la Cour ait à traiter (49).

Mais cela n'est pas suffisant, à notre sens tout au moins, pour relativiser la portée de la liberté de la presse que, des années durant, les juges de Strasbourg ont contribué à façonner de manière particulièrement libérale et originale. De fait, entre l'arrêt de la Chambre et celui de la Grande Chambre, apparaissent deux poids, deux mesures avec, au final, le sentiment désagréable qu'une garantie, la liberté de la presse, jusqu'alors considérée comme sacrée, a été sérieusement érodée, au point de tomber de son piédestal.



(49) WILDHABER, *loc. cit.*, (n. 27), p. 301.